

Recueil Dalloz 2007 p. 1937

Responsabilité et nullité d'un contrat administratif liant deux personnes privées

Muriel Dreifuss, Maître de conférences à l'Université Lumière-Lyon 2

Par deux conventions signées en 1969 et en 1975, la commune de Boulogne-Billancourt a délégué à l'association « pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt », l'exploitation de ces deux équipements, laquelle a chargé la société Mayday Sécurité d'en assurer la surveillance et le contrôle par un contrat conclu le 10 août 1989. La société créancière de factures impayées par l'association, placée en redressement judiciaire le 28 juillet 1996, en a demandé le paiement à la commune de Boulogne-Billancourt devant le Tribunal administratif de Paris. Le jugement du tribunal, confirmé par la Cour administrative d'appel de Paris, accueille la demande de la société et condamne la commune à verser une indemnité de 244 057 francs (37 206,35 euros), laquelle saisit le Conseil d'Etat en cassation. Le Conseil d'Etat confirme la qualification du contrat conclu entre l'association communale et la société, ainsi que les fondements de la responsabilité résultant de l'inexécution du contrat entaché de nullité. Mais, le juge suprême annule l'arrêt d'appel s'agissant du montant de l'indemnisation, montant qu'il révisé en réglant l'affaire au fond sur la base de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Cet arrêt, qui fera l'objet d'une publication au *Recueil Lebon*, est digne d'intérêt dans la mesure où le Conseil d'Etat admet tout d'abord la nature administrative du contrat liant l'association para-municipale à une société, pris en exécution d'un contrat de délégation de service public préalablement conclu entre la commune et l'association. Et cette réponse n'allait pas de soi car les dérogations au principe du caractère privé des contrats conclus entre deux personnes privées sont, par définition, limitées. Constatant la nullité du contrat, il s'interroge ensuite sur les règles de responsabilité permettant d'engager la responsabilité de la commune envers le cocontractant de l'association.

I - La qualification du contrat conclu entre une association communale transparente et une société

Le Conseil d'Etat confirme la qualification administrative du contrat conclu entre l'association communale délégataire de la gestion de la piscine-patinoire de Boulogne-Billancourt et la société chargée d'assurer des missions de gardiennage de ces équipements publics.

Différents critères habituellement utilisés en jurisprudence (les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement, l'origine de ses ressources, le contrôle communal exercé sur elle (1) ) conduisent le Conseil d'Etat à confirmer que l'association présente le caractère d'une association transparente qui doit être regardée comme un service de la commune.

Le conseil d'administration de l'association pour la gestion de la piscine et de la patinoire communales compte 11 élus de la commune, tous membres de droit, sur un total de 13 membres, et son président est conseiller municipal. Des subventions d'équilibre sont systématiquement allouées et représentent les deux tiers du budget de l'association. La commune détient un pouvoir décisionnel important, notamment pour la fixation du prix d'entrée, des horaires d'ouverture et de fermeture, la détermination des entrées gratuites. L'association exerce au demeurant son activité dans des locaux communaux.

Ces relations étroites entre la commune de Boulogne-Billancourt et l'association pseudopode,

faux-nez de la commune, commandent directement la nature du contrat liant ensuite l'association à la société. Les éléments organique, matériel (l'objet du contrat) et financier (la société cocontractante était rémunérée via l'association, par la commune), confèrent au contrat le caractère administratif et plus précisément la qualification de marché public de services.

Cette affaire se situe dans le droit fil d'une analyse jurisprudentielle traditionnelle<sup>(2)</sup>, mais aussi récente, qui renforce le contrôle sur les démembrements associatifs de l'administration, pour démasquer les situations juridiques fictives et rétablir les qualifications réelles.

Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a ainsi jugé légale la délibération d'un conseil municipal décidant la prise en charge des dettes d'une association transparente, dissoute suite à des difficultés financières, et la reprise en régie de ses activités<sup>(3)</sup>. Les juges du Palais-Royal, réglant cette affaire au fond, avaient relevé que l'association avait pour président et vice-président des membres du conseil municipal, avait son siège à la mairie, n'avait pas de personnel propre, recevait des subventions communales, et constituait ainsi un simple prolongement de l'administration.

L'origine des ressources devient un élément déterminant de requalification des relations entre l'Administration et les associations, et il demeure des plus problématique.

Selon l'article 10 de la loi DCRA du 12 avril 2000, l'Administration qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un certain seuil défini par décret (23 000 euros annuels selon le Décr. n° 2001-495, 6 juin 2001, D. 2001. Lég. 2004), conclure une convention d'objectifs avec l'organisme privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée.

Mais le juge d'appel est allé plus loin en requalifiant en délégation de service public les subventions accordées par la commune d'Aix-en-Provence à une association qu'elle avait créée pour assurer des missions d'intérêt général<sup>(4)</sup>. Cette tentative a été neutralisée par le juge suprême qui a considéré que les collectivités publiques doivent être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme, dont l'objet statutaire exclusif est (sous réserve d'une diversification purement accessoire) de gérer ce service et si elles exercent sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services<sup>(5)</sup>, expression empruntée à la théorie communautaire du contrat « *in house* »<sup>(6)</sup>. *A fortiori*, si l'Administration n'est pas à l'origine du projet subventionné (le projet ayant été élaboré par l'association et répondant à ses besoins), tout risque de requalification en délégation de service public est assurément écarté, l'association n'étant pas instrumentalisée<sup>(7)</sup>.

En l'espèce, cette question (pour intéressante qu'elle soit) ne se posait pas puisque la commune de Boulogne-Billancourt avait choisi de conclure un contrat de délégation de service public avec l'association. Mais, le contentieux a rattrapé l'association transparente sur la question de la qualification du contrat liant l'association à la société de gardiennage, comme nous l'avons expliqué.

II - La responsabilité extra-contractuelle de la commune issue de l'inexécution d'un contrat nul liant une association satellite communale à son cocontractant lésé

La nature administrative du contrat de l'association transparente établie, la responsabilité contractuelle de la commune pouvait *a priori* être engagée. Mais, dès la première instance, le juge avait constaté la nullité du contrat, conclu de gré à gré sans aucun appel à la concurrence alors que le montant des prestations de service aurait exigé une procédure formalisée de passation des marchés publics. La convention ainsi entachée de nullité n'avait pu faire naître aucun droit au profit des parties.

En pareil cas, le cocontractant (la société de gardiennage) peut toutefois saisir le juge de conclusions en responsabilité quasi-délictuelle, et ce même pour la première fois en appel, comme l'avait précédemment relevé la Cour administrative de Paris.

En effet, les juges appliquent la solution issue du célèbre arrêt Société Citecable Est<sup>(8)</sup> : « *Le cocontractant de l'Administration dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'Administration, il peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et le cas échéant, demander à ce titre, le paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat si toutefois le remboursement de ses dépenses utiles ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée* ». Ils admettent l'indemnisation de la société Mayday Sécurité sur le fondement de l'enrichissement sans cause (la commune ayant bénéficié de prestations gratuites supplémentaires demandées expressément par l'association transparente donc par elle, et qui lui ont été utiles) en tenant compte de la faute de la commune (qui a laissé une de ses composantes, l'association municipale, conclure irrégulièrement un marché public).

Mais le Conseil d'Etat, en désaccord sur le montant du préjudice causé à la société, annule l'arrêt de la cour administrative d'appel. Il révisé le montant de l'évaluation du préjudice par rapport à certaines prestations et se prononce sur l'application de la taxe sur la valeur ajoutée. En premier lieu, les juges suprêmes minorent le montant de l'indemnité accordée à la société au titre de certaines prestations complémentaires fournies sans l'assentiment de l'association délégataire, dont l'utilité n'est donc pas prouvée<sup>(9)</sup> (prestations d'un maître-chien pour le gardiennage de la patinoire effectuées en 1996), mais ils ajoutent une indemnité pour des prestations complémentaires, demandées par l'association le 23 juillet 1989, et réalisées pendant les vacances scolaires. En second lieu, le Conseil d'Etat rappelle quatre mois après son arrêt *Malmezat Prat* (préc.), qu'aux termes de l'article 256 du code général des impôts, dans le cadre d'un litige entre le fournisseur et la personne publique, les sommes dues par cette dernière en rémunération du service (ou du bien obtenu) prenant la forme d'une indemnité fixée par un tribunal, sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée. Les juges du Palais-Royal portent ainsi la condamnation de la commune de Boulogne-Billancourt à la somme de 28 057,19 euros TTC.

Cassandra ne se trompera sans doute pas. Faute d'une vigilance accrue de la part des décideurs locaux, les démembrements de l'Administration n'ont pas fini d'encombrer le prétoire et d'alléger les caisses locales.

#### **Mots clés :**

CONTRAT ADMINISTRATIF \* Qualification \* Formation \* Règle \* Méconnaissance \* Association transparente

(1) V. CE 5 déc. 2005, *Dpt de la Dordogne*, Lebon. 552 ; AJDA 2005. 2435<sup>(1)</sup> ; *ibid.* 2006. 656, obs. Brenet<sup>(2)</sup>.

(2) CE 22 avr. 1985, *Laurent*, Lebon. 541 ; 11 mai 1987, *Divier*, Lebon. 167.

(3) CE 4 août 2006, *Cne de Grimaud*<sup>(3)</sup>, AJDA 2006. 1532<sup>(4)</sup>.

(4) CAA Marseille, 4 juill. 2005, *Armand*, AJDA 2006. 369, obs. Pontier<sup>(5)</sup>. Dans cette espèce, la Cour n'a pas eu à confronter l'art. L. 1411-1 CGCT relatif aux délégations de service public et celles de l'art. 10 de la loi du 12 avr. 2000 car aucune convention d'objectifs n'avait été signée entre la commune et l'association.

(5) CE, Sect., 6 avr. 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, Req. n° 284736, D. 2007. AJ. 1273<sup>(6)</sup> ; AJDA 2007. 1020, obs. Lenica et Boucher<sup>(7)</sup>.

(6) V. la position souvent plus sévère de la CJCE sur ces contrats intégrés : Le ciel s'obscurcit pour les contrats intégrés dérogeant aux règles communautaires de mise en concurrence, note de Muriel Dreifuss, D. 2006. Jur. 423<sup>(8)</sup>.

(7) Dans le même sens : TA Nice, 24 févr. 2006, *Knecht c/ Cne de Nice*, AJDA 2006. 1615, note Dieu .

(8) CE 20 oct. 2000, Req. n° 196553 , D. 2000. IR. 288  ; RFDA 2001. 359, concl. Savoie  ; Dr. adm. 2000, n° 247. Confirmé par CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, *Sodegis* , AJDA 2005. 257, obs. Dreyfus  ; RD imm. 2005. 119, obs. Dreyfus  ; *ibid.* 150, obs. Soler-Couteaux  ; CAA Versailles, 13 juin 2006, *Cne de Sannois*, AJDA 2006. 1359  ; *ibid.* 1674, obs. Dreyfus  ; LPA, 5 oct. 2006, note M. Dreifuss ; CAA Versailles, 14 sept. 2006, *Avenance enseignement et santé c/ Cne de Draveil*, C. et marchés publics 2006, n° 283 ; CE 24 nov. 2006, *CU de Bordeaux c/ Malmezat Prat* , AJDA 2006. 2311  ; C. et marchés publics, janv. 2007, n° 9.

(9) Le juge considère aussi que l'abandon d'un projet, à la date à laquelle il statue sur l'enrichissement sans cause, rend les travaux et études réalisés dans ce cadre inutiles pour la collectivité cocontractante : CE 24 nov. 2006, *CE de Bordeaux c/ Malmezat Prat*, prés.